

O Acordo de Não Persecução Penal Passível de Ser Celebrado pelo Ministério Público: Breves Reflexões¹

Emerson Garcia*

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181, 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro do mesmo ano, dispondo sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, e, em seu art. 18, introduzindo no direito brasileiro a figura do “acordo de não persecução penal”.

O acordo, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 183/2018, pode ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Pressupõe que a infração penal tenha pena cominada inferior a 4 (quatro) anos, não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça à pessoa e que o investigado confesse formalmente a prática da infração penal e ainda cumpra, de forma cumulativa, ou não, as seguintes condições:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

¹ Texto escrito em 9/ago./2017, posteriormente atualizado conforme a Resolução CNMP nº 183/2018

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

A possibilidade de os requisitos serem cumpridos de forma cumulativa, ou não, denota que devem apresentar uma relação de proporcionalidade em relação à infração penal, não estando submetidos apenas ao arbítrio do membro do Ministério Público.

O acordo, que pode ser celebrado por ocasião da audiência de custódia, não é admitido quando:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Trata-se de nítida mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. O sistema penal tem autorizado a celebração de acordos, os quais podem redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão². Esses acordos, em qualquer caso, sempre estão condicionados à apreciação judicial. *Vide* Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, arts. 7º e 8º, parágrafo único; Lei nº 9.807/1999, que trata da proteção às testemunhas, arts. 13 e 14; Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, §5º); Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41). Na sistemática dessas leis, não há celebração de verdadeiro acordo, mas, sim, posterior avaliação, pelo juízo competente, da colaboração do réu para a elucidação dos fatos. Foi a Lei nº 12.850/2013, ao dispor sobre as organizações criminosas, que traçou os contornos de um verdadeiro acordo, celebrado por ocasião da colaboração premiada. Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal,

² Para uma ampla análise do uso da consensualidade no direito sancionador brasileiro, *vide*, de nossa autoria, o artigo intitulado “A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 66, p.29, 2017.

acarretando a extinção da punibilidade. Para contornar os possíveis vícios decorrentes da não participação do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, a Instituição tem sido chamada a firmá-lo em conjunto com o CADE. Nesse ajuste, que se aproxima do acordo de não persecução penal a que se refere a Resolução CNMP nº 181/2017, a lei, repita-se, a lei, não previu a necessidade de homologação judicial para que o acordo produza efeitos na seara penal. O mesmo ocorre com o acordo de leniência a que se refere o art. 16 da Lei nº 12.846/2013, passível de ser celebrado pelas pessoas jurídicas no plano administrativo e que reduz as sanções a serem aplicadas no plano judicial cível; e com o termo de compromisso e o acordo administrativo em processo de supervisão, que podem ser celebrados pelo Banco Central do Brasil, nos termos da Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, e que não produz efeitos em outras instâncias de responsabilização.

Na disciplina da Resolução CNMP nº 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive em relação ao *quantum* da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação da liberdade.

O maior complicador, no entanto, residia no fato de o acordo celebrado com base na redação original da Resolução CNMP nº 181/2017 não exigir que o acordo fosse homologado pelo Judiciário. O juízo competente deveria analisar a promoção de arquivamento, a ser formulada após o cumprimento do acordo, e, caso entendesse que o acordo era ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não eram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeteria os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que poderia insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passava do Poder judiciário ao Ministério Público. Havia, ainda, mais um complicador para o investigado, que poderia vir a cumprir o acordo, exatamente nos termos em que celebrado, e, por fim, responder a um processo penal. Bastaria, para tanto, que o juízo rejeitasse o arquivamento e o Procurador-Geral determinasse o oferecimento de denúncia. Com o advento da Resolução nº 183/2018, o acordo passou a ser submetido à apreciação judicial após a sua celebração, mas antes do seu cumprimento. Mesmo após a mudança, a decisão final permaneceu com o Ministério Público.

Também é plenamente possível que a vítima, valendo-se do disposto no art. 5º, LIX, da Constituição da República, ajuíze a ação penal privada subsidiária da pública, em razão do não oferecimento da denúncia, pelo Ministério Público, no prazo legal. Afinal, se há prova da materialidade e o investigado confessou a prática da infração penal, indicando outros elementos probatórios que corroborem sua narrativa, muito

provavelmente as investigações serão concluídas. De acordo com a lei processual, que ignora a existência desse tipo de ajuste, ou o expediente deveria ser arquivado ou o caso levado a juízo. Assim, como justificar a “suspensão” de qualquer juízo valorativo, pelo Ministério Público, até que o investigado cumpra o acordo? Por certo, não houve inércia, mas devemos considerar os efeitos de um obrar que não encontra amparo na lei? O §11 do art. 18 ainda acresce que “cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta resolução.”

Outro aspecto digno de nota é o de que as medidas acordadas pelas partes, a exemplo do que se verifica em relação à transação penal a que se referem o art. 76 da Lei nº 9.099/1995 e o art. 1º da Lei nº 10.259/2011, não terão a natureza de sanção penal e não produzirão os efeitos daí decorrentes (v.g.: reincidência), lembrando-se que a transação é homologada pelo Poder Judiciário.

Por fim, vale lembrar que o *caput* do art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 não deixa margem a dúvidas de que a celebração do acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não um direito subjetivo do réu. Como o juízo final a respeito de sua viabilidade jurídica foi situado no âmbito da própria Instituição, é bem provável que produza relevantes efeitos pragmáticos caso: (1) os membros da Instituição reconheçam a juridicidade do acordo e sua relevância, passando a propô-lo; (2) os órgãos de controle interno, caso provocados pelo Poder Judiciário, adiram a esse entendimento, não determinando, de modo generalizado, o ajuizamento da ação penal; e (3) os Tribunais, caso venham a ser provocados (v.g.: com o ajuizamento da ação penal pela vítima ou pelo próprio Ministério Público, neste caso após o cumprimento do acordo, por determinação do órgão de controle interno; ou por algum legitimado à deflagração do controle concentrado de constitucionalidade), reconheçam que o nosso caótico sistema penal justifica o surgimento desse acordo, cuja possibilidade de celebração estaria ínsita nas funções institucionais do Ministério Público, não constituindo propriamente uma inovação da lei processual penal, de competência legislativa privativa da União (CR/1988), com o necessário concurso do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*).

Os objetivos do acordo de não persecução penal são mais que nobres e adequados à nossa realidade. Espera-se, sinceramente, que produzam bons frutos e, na eventualidade de se considerar inadequada a forma utilizada para a sua inserção na ordem jurídica, que ao menos a ideia frutifique e contribua para demonstrar que uma visão atávica do denominado princípio da obrigatoriedade caminha em norte contrário à nossa realidade social e à estrutura dos órgãos de persecução penal.